



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (UNICEUB)
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO (ICPD)
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

Aluno: Heber Lucio Scheonrock Teixeirensen

Possibilidade Jurídica
de Descriminalização
da Insubmissão

Brasília, DF
2007

Aluno: Heber Lucio Scheonrock Teixeirensen

Possibilidade Jurídica
de Descriminalização
da Insubmissão

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-Graduação *lato sensu*, na área de
Direito Penal e Processual Penal e
Segurança Pública.

Orientadora: Professora Dra. Zilah Maria
Callado Fadul Petersen.

Aluno: Heber Lucio Scheonrock Teixeirensen

Possibilidade Jurídica
de Descriminalização
da Insubmissão

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-Graduação *lato sensu*, na área de
Direito Penal e Processual Penal e
Segurança Pública.
Orientadora: Professora Dra. Zilah Maria
Callado Fadul Petersen.

Brasília, 29 de junho de 2007.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Gilson Ciarallo

Professor Dr. Joanisval Brito Gonçalves

AGRADECIMENTO

Ao Fernando, à Flávia, ao Ivan, à Mônica, e aos demais funcionários da Secretaria do CESAPE, cujo diuturno trabalho, realizado de forma incansável, dedicada e eficiente, foi de tal importância que sem eles não alcançaríamos nossos objetivos;

À Professora Any Ávila Assunção, que soma extrema competência e humanidade ao vasto conhecimento a fim de conduzir em progressivo e visível sucesso os cursos de especialização do CESAPE, nos inspirando a seguir da mesma forma em nossos projetos;

À Professora Magda Lúcio, cuja inteligência clara, objetiva e percuciente nos ensinou a realizar e fundamentar, de modo apropriado, a análise crítica das políticas de prevenção e repressão ao crime;

À Professora Tânia Cristina S. Cruz, que nos ensinou a identificar as ferramentas, bem como nos treinou para o seu uso correto, necessárias à configuração das práticas e dos significados das ações de segurança pública em cada contexto específico, tendo sempre como objetivo a justiça social;

À Professora Zilah Maria Callado Fadul Petersen, que alia as qualidades de Juíza e de Mestre a fim de indicar, de forma iluminada, o caminho da justiça social por meio da aplicação do Direito Justo; e

Ao Superior Tribunal Militar, na pessoa de seus Dirigentes, que me proporcionou a participação nesta inesquecível caminhada, bem como a oportunidade para investigar a melhor aplicação do Direito Penal Militar, seguindo o seu bicentenário exemplo de vanguarda na interpretação e aplicação do Direito.

RESUMO

Objetivo do presente trabalho: demonstrar a possibilidade jurídica de descriminalização da Insubmissão, prevista no artigo 183 do Decreto-lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). Pesquisou-se a doutrina, o ordenamento ou sistema jurídico pátrio, bem como a quantidade de crimes da espécie ocorrida no passado e na atualidade em nosso País, sendo constatada drástica redução de incidência no tipo penal da insubmissão, nos últimos quinze anos. Observou-se que a doutrina defende a necessidade de revisão do ordenamento jurídico a fim de se avaliar a necessidade e conveniência de manutenção de determinados tipos penais no ordenamento jurídico, por parte do Poder estatal. Da análise do Sistema Jurídico pátrio como um conjunto harmônico, verificou-se, a partir de uma visão hermenêutica, que a insubmissão é um tipo penal que apresenta conflito com a própria Lei Penal na qual inserido, bem como em relação à Constituição vigente, restando indubitosa a necessidade de harmonização da norma penal com o Sistema Jurídico vigente, principalmente com a Constituição que é a Lei Fundamental pátria. Restou também indubitoso o fato de que a norma extra-penal é suficiente para garantir o interesse estatal quanto à obrigatoriedade constitucional da prestação do serviço militar. Observou-se também que a manutenção do tipo penal da insubmissão pode apresentar-se como grave situação de intensificação de tensões e conflitos sociais, o que pode se configurar como um fator de ineficiente Política Criminal, o que também justifica a sua descriminalização.

Palavras-chave:

Hermenêutica. Constituição. Direito Penal Militar. Direito Processual Penal Militar. Crime Militar. Forças Armadas. Serviço Militar Obrigatório. Insubmissão. Tipicidade. Descriminalização.

ABSTRACT

The objective of the present work is to demonstrate the legal possibility of decriminalization of insubordination, foreseen in article 183 of the Decree nº 1,001 of October 21 of 1969 (of Military Penal Code). A research was done on the doctrine, the order or native legal system, as well as the amount of these kinds of crimes that occurred in the past and the present time in our Country. Evidence has been found of drastic reduction in the incidence of the penal type of insubordination in the last fifteen years. It was observed that the doctrine defends the necessity of revision of the legal system in order to evaluate the necessity and convenience of maintenance of certain penal types in the legal system, on the part of the state power. As a result of the analysis of the native Legal System as a harmonic whole, it was verified, from a hermeneutic vision, that insubordination is a penal type that presents conflict with the Penal Law in which it is inserted, as well as in relation to the effective Constitution, remaining the lack of doubt of the necessity of harmonization between the criminal norm and the effective Legal System, especially with the Constitution that is the native Basic Law. It also resulted in no doubt the fact that the extra-penal norm is enough to guarantee the state interest as to the constitutional obligation of the military service. It was also observed that the maintenance of the penal type of insubordination can present itself as a serious situation of intensification of tensions and social conflicts, which can be configured as a factor of inefficient Criminal Politics, which also justifies its decriminalization.

Key words:

Hermeneutics. Constitution. Military Penal Code. Military Penal Process Law. Military Crime. Armed Forces. Obligatory Military Service. Insubordination. Tipification. Decriminalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 SISTEMA JURÍDICO E CRIME	13
1.1 Configuração do sistema jurídico	13
1.2 O ilícito penal	17
1.3 O crime militar e sua jurisdição	22
1.3.1 O crime militar	22
1.3.2 A Justiça Militar e sua competência histórica	25
1.3.3 A Justiça Militar e sua competência constitucional atual	29
2 O CRIME DE INSUBMISSÃO	34
2.1 Histórico do tratamento dado à insubmissão	34
2.2 Aspectos normativos e doutrinários da insubmissão	38
2.3 A Insubmissão como crime propriamente militar	40
2.4 Especificidades quanto ao crime de insubmissão	43
3 A INSUBMISSÃO SOB UM ENFOQUE DESCRIMINALIZANTE	48
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva demonstrar a possibilidade jurídica de exclusão, do campo penal militar, da conduta tipificada como crime de insubmissão, prevista no artigo 183 do Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/69).

A elevação de uma conduta social ao *status* de ilícito penal, sendo assim protegida pela lei penal que atribui uma sanção ao seu descumprimento, tem sua relevância não na conduta em si, mas no significado que uma sociedade dá aos interesses e bens protegidos por essa lei, num dado momento de sua história, resultando, dessa valoração, a criminalização de tal conduta, isto é a sua tipificação como crime.

Seguindo o raciocínio inverso, quando o Estado entende que estão superados aqueles problemas antes enfrentados, e que não mais lhe interessa a manutenção da conduta social debaixo da tutela da mais alta esfera de proteção jurídica – o direito penal -, concluindo pela sua retirada do campo penal, surge o processo que é denominado *descriminalização*.

As razões apresentadas para a descriminalização, no presente trabalho, são de ordem eminentemente jurídicas, razão pela qual o tipo penal será analisado, na primeira etapa, sob o ângulo de seu enquadramento no ordenamento jurídico pátrio, a fim de demonstrar que ele, assim como toda e qualquer norma jurídica, deve guardar harmonia, isto é coerência com a totalidade do sistema jurídico no qual está inserido.

Ainda no primeiro capítulo, procurou-se demonstrar que o Sistema Jurídico pátrio, assim como os diversos sistemas jurídicos de todos os povos, têm em sua Lei Maior a norma mais importante, pois sintetiza os ideais, aspirações e valores de cada povo, devendo convergir para ela a interpretação de toda norma jurídica infraconstitucional.

Ainda nessa etapa, procura-se enfocar o caráter peculiar da norma penal nesse contexto sistêmico, a fim de ressaltar que ela deve merecer ainda maior cuidado tanto em sua criação quanto em sua interpretação e aplicação, pois representa a via drástica de atuação do poder estatal a merecer maiores garantias quanto à proteção dos cidadãos contra o seu arbítrio.

Também no primeiro capítulo, no subtítulo “O crime militar e sua jurisdição”, objetivou-se caracterizar a especialidade do crime militar de molde a atrair uma jurisdição também especial, à qual devem se sujeitar os cidadãos que cometem os crimes estritamente nela definidos nos artigos 9º e 10 (Código Penal Militar).

Ainda no primeiro capítulo, nos subtítulos “A Justiça Militar e sua competência histórica” e “A Justiça Militar e sua competência constitucional atual”, intentou-se oferecer, desde uma perspectiva histórica pretérita, uma visão estatal na tutela dos crimes militares, em especial o da insubmissão, sempre voltada aos interesses de proteção do povo, de defesa do seu território e de garantia da sua soberania, em face de conflitos internos e principalmente externos.

No segundo capítulo, objetivou-se oferecer subsídios a fim de entender a razão do tratamento diferenciado que a norma penal tem oferecido à conduta da insubmissão, sempre em cotejo com o quadro histórico mundial, mas principalmente com as exigências internas do nosso país, procurando avaliar se as exigências sociais atuais continuam a reclamar um tratamento tão gravoso para a conduta em estudo.

Nos subtítulos 2.2 e 2.3, são analisados os aspectos doutrinários e normativos, bem como a classificação doutrinária do delito de insubmissão, tudo com o objetivo de demonstrar a dificuldade que os próprios teóricos têm para enquadrar precisamente o tipo penal em estudo, chegando mesmo a reconhecerem que se trata de um tipo penal *sui generis*.

No item 2.4, foram analisadas especificidades da norma extra-penal correlata ao tipo em foco, bem como de normas processuais que são usadas a fim de completar a imprecisão verificada nas normas de direito material, a fim de se perquirir sobre a suficiência dessas normas não penais como instrumento estatal de garantia do cumprimento da obrigação tutelada – o serviço militar.

Numa terceira e última etapa, objetiva-se a análise da Insubmissão sob um enfoque descriminalizante, com objetivo de verificar a possibilidade jurídica de exclusão desse tipo penal, e do seu preceito secundário, ressalvada a manutenção das outras sanções que, embora de natureza diversa, apresentem a compulsoriedade necessária à garantia do direito protegido: a obrigatoriedade do serviço militar.

A relevância do tema reside no fato de que, ao não cumprir com o serviço militar, o indivíduo passa, em decorrência da compulsoriedade exacerbada das sanções extra-penais existentes em nosso Ordenamento Jurídico, a viver como verdadeiros “párias” da sociedade, acrescentando ainda que o temor da resposta penal do Estado também recai sobre o já sacrificado cidadão.

Importa registrar que a condição indigna a que é levado o Insubmisso, em razão do pesado ônus que as sanções do Estado lhe impõe, é fator de agravação das tensões e dos conflitos sociais. Tal quadro merece atenção especial dos estudiosos do Direito, a fim de propor que a intervenção do Poder Estatal seja não apenas conformada à lei, mas também suficiente e necessária.

O método empregado é teórico, utilizando-se os recursos da hermenêutica jurídica a fim de compreender se o tipo penal militar da insubmissão, no contexto jurídico-penal em que está localizado, isto é na estrutura lógica do Sistema Jurídico pátrio, estaria resultando em eficaz e adequada Política Criminal.

Entretanto, foi realizada pesquisa com o argumento de pesquisa ou verbete “insubmissão”, na base de dados da jurisprudência do Superior Tribunal Militar¹, tudo com o propósito de conhecer a quantidade de casos de insubmissão registrada nos últimos quinze anos no Brasil.

Por fim, procurou-se demonstrar que as normas penais são prescindíveis no que diz respeito à garantia da obrigatoriedade do serviço militar; que a existência

¹ Disponível em <www.stm.gov.br/forms/a_novajuri.php>. Acesso em 16/02/2007.

de tais normas representam desvio na estrutura lógica do Sistema Jurídico brasileiro; que a incidência de tais normas gera uma força estatal excessiva, resultando em inadequação da política criminal; e que a descriminalização da insubmissão se impõe como condição de normalidade jurídica, sem prejuízo da manutenção das normas e sanções extra-penais ainda existentes.

1 SISTEMA JURÍDICO E CRIME

1.1 Configuração do sistema jurídico

O estudo do sistema jurídico não pode ser satisfatório se a compreensão que se quer ter do Direito tem como ponto de partida apenas a própria norma jurídica (e por óbvio aí se inclui a norma jurídica penal), uma vez que esta só pode ser devidamente compreendida quando estudada na dimensão do contexto maior na qual está inserida, que é o do seu ordenamento jurídico (BOBBIO, 1999, p. 20).

Com efeito, a compreensão da abrangência e eficácia de uma norma não ocorre a partir de uma visão isolada da mesma, mas de uma complexa organização que a envolve e que determina a natureza e a entidade dos comandamentos – expressos ou implícitos - e das respectivas sanções, as pessoas que a eles se submetem e os órgãos incumbidos de sua aplicação, conforme leciona Norberto Bobbio em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico* (1999, p. 22).

Esta é a razão pela qual seguiremos a lição do renomado mestre Bobbio, estabelecendo como ponto de partida uma breve análise da configuração do Direito, termo também entendido nas acepções de ordenamento jurídico e de sistema jurídico, pois referidas expressões compreendem um mesmo aspecto, ou seja, um conjunto de normas e princípios jurídicos, aplicáveis em determinado lugar em certa época.

Esse mesmo conjunto de normas chamado de Direito recebe outras designações que devem ser consideradas no contexto ora em discussão, que são as de direito positivo e de direito objetivo.

Falar em direito positivo significa estabelecer contraposição com o direito natural. Didática é a distinção que faz Bobbio (1995, p. 22), em “O positivismo jurídico”, entre direito positivo e direito natural. De acordo com o mestre, enquanto este último se baseia na universalidade, aquele na particularidade; enquanto o direito natural é imutável no tempo, o direito positivo muda; enquanto o direito natural tem como fonte a natureza imanente, o direito positivo se origina do poder que emana de uma sociedade; enquanto o direito natural é conhecido pela razão humana, o direito positivo é conhecido quando emanado da vontade do legislador – uma vontade alheia; enquanto o objeto do direito natural é o comportamento bom ou mau por si mesmo, o direito positivo ordena o que entende como justo e veta o que considera injusto, num dado momento histórico; e por fim, enquanto o direito natural valoriza as condutas no sentido do que seja bom ou mau – é limitado ao que se demonstra *a priori* -, o direito positivo estabelece aquilo que é útil a partir da vontade de um legislador.

Como bem salienta Bobbio (1995, p. 26), a consequência do desenvolvimento da doutrina chamada positivista foi, entretanto, a exclusão do direito natural da categoria de direito, reduzindo todo o direito existente ao direito positivo. Razão pela qual afirma que “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.

Ainda segundo Bobbio (1995, p. 199), Kelsen resumiu a diferença entre esses dois Direitos ou ordenamentos normativos: o ordenamento *estático* - ao qual pertencem a moral e o direito concebido jusnaturalisticamente -, e o ordenamento que qualificou de *dinâmico*, que é o próprio direito concebido positivisticamente.

Quanto à noção de direito objetivo, deve a mesma ser relacionada à de direito subjetivo, pois ambas decorrem do sistema jurídico que, através da elaboração de uma pluralidade de normas, regula as condutas sociais e, ao mesmo tempo, confere a alguém o poder de exigir de outrem o cumprimento do dever a ele imposto. Direito objetivo e direito subjetivo são, pois, aspectos de um mesmo direito, do ponto de vista de um sistema normativo (BOBBIO, 1999, p. 31).

Observamos, assim, que qualquer que seja o modo de abordar o direito estamos sempre nos referindo a uma pluralidade de normas que, a despeito de regularem, cada uma delas, aspectos específicos da variada e intrincada vida em sociedade, não subsistem isoladamente, pois da organização sistêmica na qual estão inseridas decorrem duas características básicas: a unidade lógica, que advém da hierarquização entre tais normas em face de uma norma superior, e também a coerência ou relação lógica entre elas, como resultado dessa mesma estrutura sistêmica (BOBBIO, 1999, p. 34).

Entretanto, esse arranjo sistêmico e suas implicações (unidade e coerência lógica) devem ser considerados não apenas entre as normas de per si, mas entre os diversos tipos de “ordenamentos jurídicos” existentes (BOBBIO, 1999, p. 35).

A configuração do direito na forma sistêmica, à vista de todo o exposto, não implica em uma estrutura fechada. Ao contrário, o já mencionado aspecto dinâmico do direito decorre, primeiramente, da própria incompletude do ordenamento jurídico como sistema de conhecimento, donde se origina o problema das chamadas lacunas do Direito (BOBBIO, 1999, p. 35), mas também, e principalmente, do fato de que todo fenômeno jurídico se desenvolve numa certa condicionalidade histórico-social (REALE, 2000, p. 434), levando o ordenamento jurídico a admitir tanto a inclusão de novos preceitos, quanto a exclusão de alguns já existentes, bem como a movimentação interna desses preceitos nos diversos campos de interesse jurídico, dependendo, em cada momento, do valor socialmente atribuído a determinados bens jurídicos, assim como a comportamentos sociais (PETERSEN, 2003b, p. 98).

Qual seria então o limite da atividade normativa e também da atividade interpretativa das normas? O limite da atividade normativa é a Constituição Federal que consagra um sistema de valores e princípios a serem tutelados pelo Estado, sempre visando a progressiva evolução do ser humano. A Constituição é, pois, a norma mais importante do ordenamento jurídico e, por isso, colocada no topo de hierarquia das normas, permitindo que sejam consideradas e regulamentadas diversas condutas e situações com adequação a ela mesma.

Por essa razão, é necessário que as normas infraconstitucionais se conformem à Lei Maior, não apenas quanto ao seu sentido literal, mas também e primordialmente quanto ao seu espírito e ao significado de seus valores, a fim de

que seja interrompido de forma peremptória o nascimento de “filhotes rebeldes”, conforme leciona Alexandre Bizzotto (2003, p. 21).

O mesmo fundamento constitucional deve nortear a interpretação das normas jurídicas, pois através de uma visão do complexo sistema normativo contido na Constituição é que o intérprete poderá, em cada caso concreto, se guiar no caminho seguro do respeito ao ser humano e à sociedade de forma equilibrada (BIZZOTTO, 2003, p. 20).

Com efeito, por ser a norma fundamental de cada comunidade, a Constituição impõe os seus princípios a todo o ordenamento jurídico, tendo ela também o condão de espelhar as concepções dominantes em uma sociedade, em dado momento, quanto ao que há de essencial e consensual. Eis porque Maria da Conceição Ferreira da Cunha (1995, p. 19) entende que a Constituição está apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador quanto aos fatos a normatizar, especialmente o legislador penal quanto aos fatos a criminalizar ou descriminalizar, ou seja, quanto à definição dos bens e valores jurídico-penais.

1.2 O ilícito penal

O Direito é, como foi visto, um complexo sistema de normas concebidas pelas sociedades humanas com o fim de regular e proteger as condições essenciais à sua própria sobrevivência, normas estas que compõem o que se chama de ordenamento jurídico. As condutas sociais, como fatos sociais que são, quando se mostram contrárias a esse ordenamento, acarretam o que se chama de conduta

ilícita – ou ilícito jurídico -, porque contrariam uma norma prevista no ordenamento jurídico (JESUS, 2003, p. 3).

Assim, o ordenamento jurídico, ao normatizar a vida em sociedade, escolhe valores que, alçados à categoria de bens jurídicos, são regulados e protegidos pelos diversos ramos do Direito (Tributário, Comercial, Civil, Eleitoral, Administrativo, Penal etc). Entretanto, a forma mais grave de violação de normas contidas no ordenamento jurídico é o ilícito penal, pois atenta contra os bens ou valores mais importantes ou fundamentais da vida social, por isso mesmo justificando a atenção do legislador penal (PRADO, 2003, p. 21-23).

Para tornar invioláveis esses valores e bens considerados pela sociedade como fundamentais, o Estado estabelece as sanções e outras medidas com o objetivo de prevenir ou reprimir ocorrências consideradas lesivas aos valores e bens jurídicos tutelados. Dentre as sanções, a mais grave é a penal – ou pena -, pela qual o autor da conduta punível é constrangido a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade ao dano por ele causado. Dentre as penas, por sua vez, a mais grave é a privação da liberdade (PETERSEN, 2003b, p. 97).

Essa a razão pela qual o direito penal é considerado como a “trágica reação do estado às manifestações de desajustes sociais revelados pela criminalidade”, devendo, por isso mesmo, realizar o mínimo possível de intervenção na vida social (ROSA, 2001, p. 11,21), sendo da mesma opinião o professor Damásio, para quem o eventual arbítrio do legislador, em matéria de penalização, está sujeito ao princípio da intervenção mínima, que consiste em evitar a definição

desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, cruéis ou desumanas, resultando na criação de tipos delituosos que obedeçam ao critério da imprescindibilidade. Firmado nesse critério, o Estado só deve intervir na sociedade, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita (DAMÁSIO, 2003, p. 10).

Quanto aos ilícitos penais, importa realizar uma explanação, ainda que rápida, de sua classificação. Doutrinariamente, o termo “ilícito penal” é tratado em sentido amplo como sinônimo de “infração penal”, ou seja, uma conduta que genericamente pode compreender as espécies “crime” – ou “delito” – e a “contravenção” (JESUS, 2003, p. 3,150), ou como um termo técnico que corresponde ao conceito formal de crime que, também doutrinariamente, estará relacionado à tipicidade e à antijuridicidade.

Com efeito, segundo o conceito formal, o ilícito penal será um fato típico por se enquadrar na descrição que uma norma penal faz de uma conduta punível, e antijurídico por ser referida conduta típica contrária ao ordenamento jurídico-penal. Sob o ponto de vista do conceito material do crime, porém, a infração penal nada mais é do que a violação de um bem que recebe a já mencionada tutela por parte da lei penal (JESUS, 2003, p. 151).

A proteção penal de um bem jurídico, entretanto, não é exclusividade do Código Penal, pois outros ramos do direito também fazem inserir em seu campo de atuação um conjunto de normas e sanções penais correlatas às ofensas desferidas contra bens jurídicos que tutelam. Assim, os crimes e suas respectivas sanções são

descritos no Código Penal, mas também em outras leis, como por exemplo o Código Tributário, o Código Trabalhista, o Código Eleitoral, a Lei de Falências, o Código Ambiental, as leis referentes ao Direito Administrativo etc, e em outras leis esparsas chamadas pela doutrina de “extravagantes” como a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei sobre Abuso de Autoridade etc.

O Código Penal comum, no art. 360, considerou as normas de Direito Penal trabalhista, as relativas à segurança nacional, as de Direito Penal falimentar e as referentes aos crimes militares, por exemplo, como legislação especial, sem firmar, entretanto, o critério para tal designação.

Doutrinariamente, diferencia-se o Direito comum do Direito especial pelo fato de que o primeiro se aplica a todos os cidadãos, enquanto o especial incide sobre uma classe restrita de pessoas conforme sua qualidade particular reconhecida pela lei.

Um outro critério para essa incidência diferenciada estaria na existência de um órgão específico encarregado de aplicar jurisdicionalmente o direito objetivo, conforme a lição de José Frederico Marques.

Com efeito, se a norma objetiva é aplicada somente por meio de órgãos especiais, constitucionalmente previstos, então a tal norma terá caráter especial, pois exige órgão com jurisdição própria e específica. Se, porém, a aplicação de uma norma se realiza pela Justiça comum, não exigindo jurisdição própria, então a norma penal tutelada terá natureza comum (1980, p. 4).

Quanto à mencionada diferença entre crime e contravenção, o professor Damásio concorda com Nelson Hungria no sentido de não haver diferença ontológica ou essencial entre eles, por serem realidades que se distinguem pela sua maior ou menor gravidade, isto é, pela gravidade ou intensidade da ofensa a um bem jurídico e não em sua substância. Trazendo à colação o magistério de Enrico Ferri, afirma que não há diferença substancial do ponto de vista jurídico, sendo ambas infrações penais ditadas pela necessidade de defesa social contra ações lesivas ou perigosas à segurança pública ou privada, restando apenas o critério da sanção estabelecida pelo legislador no Código Penal ou em outra lei especial (JESUS, 2003, v. 1, p. 186).

O artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal de 1940, ora vigente, adota o critério acima quando dispõe que crime é infração penal à qual a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, e contravenção a infração penal à qual a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Qualquer que seja o Direito Penal, comum ou especial, deve estar firmado, entretanto, na norma fundamental que é a Constituição Federal, pois é ela que impõe ao Estado e à própria sociedade, através de regras e princípios nela inseridos, as garantias concernentes aos direitos básicos individuais, sendo tais regras, por isso mesmo, chamadas de “garantistas”, conforme Antonio Scarance Fernandes em “Processo Penal Constitucional” (2002, p. 13). O garantismo é, pois, o sistema de proteção legal do indivíduo contra o arbítrio do poder estatal.

Assim, tanto a criação quanto a aplicação de normas penalizadoras requerem maiores garantias quanto à proteção dos cidadãos contra esse excesso estatal, por terem tais normas essa natureza mais gravosa.

1.3 O crime militar e sua jurisdição

1.3.1 O crime militar

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 124, determinou que “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

Verifica-se, assim, que crime militar é aquele que, tipificado na parte especial do Decreto-lei nº 1.001/1969 (Código Penal Militar), se enquadra em um ou vários critérios definidos naquele Diploma Penal, precisamente nos artigos 9º (crimes militares em tempo de paz) e 10 (crimes militares em tempo de guerra). Assim, se um militar pratica o crime de abuso de poder, previsto no art. 350 do Código Penal comum, ou o de abuso de autoridade previsto na Lei nº 4.898/65, mesmo estando o agente em quaisquer das condições dos artigos 9º e 10 do CPM o crime será comum por não estar previsto na Parte Especial do CPM.

A intenção do legislador era preservar os princípios norteadores da vida em caserna, quais sejam a hierarquia, a disciplina, a honra e o prestígio das instituições militares - isto é, os bens jurídico-penais de natureza militar -, jamais dar tratamento penal diferenciado a militares, simplesmente por serem militares.

Examinando o Código Penal Militar, constata-se uma evidente diferença entre os crimes, situação que atrai dupla classificação para aqueles ilícitos, doutrinariamente aceita: crimes militares próprios (ou propriamente militares), e crimes militares impróprios (ou impropriamente militares), estes também considerados como acidentalmente militares. Mesmo assim, em nossa legislação penal não existe a classificação dos crimes em propriamente e impropriamente militares, apesar de ter origem na lei esse esforço doutrinário de interpretação. De outro lado, tal distinção fica evidenciada na Constituição Federal, quando, no inciso LXI do art. 5º, condiciona a prisão à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, e abre exceção, expressamente, para os casos de “transgressão disciplinar” ou crime “propriamente” militar, deixando implícita a existência de crime impropriamente militar.

Outra referência legal distintiva de tais crimes está contida no Código Penal comum, no inciso II do art. 64, quando não considera os “crimes militares próprios” para efeito de reincidência. Observa-se, desse modo, que coube ao legislador fazer a separação entre crimes militares próprios ou propriamente militares e os impróprios ou acidentalmente militares.

Os crimes propriamente militares têm relação estreita com a vida militar, levando em conta a qualidade funcional do agente, a materialidade especial da infração e a natureza especial do objeto tutelado, que é o serviço, a disciplina e a administração militar. Já os impropriamente ou acidentalmente militares, não afetam direta ou imediatamente o dever, a disciplina e a obediência militar (LOBÃO, 1999, p. 65).

A particularidade dessa classificação, no entanto, é que os crimes propriamente militares supõem, a um só tempo, a qualidade de militar no ato e o caráter militar do agente, constituindo por isso mesmo um resíduo de infrações irreduzíveis ao Direito comum.

Já os impropriamente militares são essencialmente comuns, mas se tornam militares pelo fato de ser o agente militar, ou pela natureza do local da infração, além de outros casos, ou ainda pela particularidade da época ou do tempo em que são cometidos (BANDEIRA, 1919, p. 20).

Explicitando, o crime é exclusivamente militar quando caracterizado por um fato que, em seus elementos constitutivos, não é, no todo ou em parte, previsto como tal na legislação penal comum (ROMEIRO, 1994, p. 73), só podendo a ação penal ser proposta contra um agente militar (BANDEIRA, 1919, p. 31).

Já os crimes impropriamente militares são definidos tanto na lei penal comum quanto na militar, tornando-se crimes militares apenas quando se enquadram em uma das hipóteses do art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar (ASSIS, 2003, v.1, p. 38).

Exemplificativamente, podem-se enumerar os seguintes crimes militares impróprios, com igual definição no Código Penal comum: homicídio (art. 205); lesão corporal (art. 209); estupro (art. 232); atentado violento ao pudor (art. 233); furto (art. 240); roubo (242); extorsão (247); e apropriação indébita (art. 248 a 250), dentre outros (Decreto-lei nº 1.001/69).

Uma distinção, porém, importa estabelecer na comparação entre o Direito Penal comum e o Direito Penal militar: é que este, diferentemente, não contempla a contravenção penal militar, embora crimes como o de insubmissão pudessem teoricamente se enquadrar no critério distintivo mencionado, em face da menor gravidade da pena cominada (impedimento). Entretanto, pode a conduta do agente de crime militar, em alguns casos, ser também enquadrada como “transgressão disciplinar”, quando absolvido de certos crimes militares, conforme prescrevem os regulamentos disciplinares das Forças Armadas que serão vistos adiante.

Nesse contexto, o crime de Insubmissão, objeto do presente trabalho, encontra previsão no Código Penal Militar, que, como visto, é uma das codificações especiais do sistema jurídico brasileiro, o que implica na existência de uma jurisdição específica, realizada por órgão judiciário especialmente destinado a esse fim: a Justiça Militar.

1.3.2 A justiça militar e sua competência histórica

Embora só tenha sido inserida no Poder Judiciário pela Constituição de 1934, à Justiça Militar da União foram atribuídas, desde sua criação, funções judiciais e administrativas², mas sempre esteve ligada aos interesses do Império ou da República, conforme o período de sua existência.

Órgão máximo da Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar tem sua origem no Alvará com força de lei assinado pelo Príncipe-Regente D. João, de

² Disponível em <www.stm.gov.br/historia/fundacao.php>. Acesso em: 22/02/2007.

1º de abril de 1808, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Conselho Supremo de Justiça (incisos I e VI). Por esse motivo, o STM é considerado o mais antigo tribunal superior do País, existindo há quase 200 anos.

Durante o Império e início da fase republicana a Corte Suprema Militar foi presidida pelos seguintes Chefes de Estado: no império, pelo regente D. João VI e pelos imperadores D. Pedro I e D. Pedro II e, na república, por alguns de seus presidentes³.

Por essa razão é que a Justiça Militar sempre esteve, no Brasil, a serviço dos interesses mais basilares que se pode identificar em uma nação, quais sejam a proteção do seu povo, a defesa do seu território e a garantia de sua soberania.

Ocorre que, durante a fase imperial, a disciplinação legal era antiquada e fragmentária, consistindo de regulações contidas em Ordenações, Cartas-Régias, Alvarás, Regulamentos, etc.

A Constituição Brasileira de 25 de março de 1824 ainda não cogitava da Justiça Militar que recebia tratamento infraconstitucional ainda complexo.

A Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, inseriu a Justiça Militar no Título IV, Seção II (“Declaração de Direitos”), no art. 77, §§ 1º e 2º, firmando-a como foro especial para militares de terra e mar nos delitos militares, fixando a sua destinação constitucional como jurisdição exclusivamente criminal e

³ Disponível em <www.stm.gov.br/historia/fundacao.php>. Acesso em 23/02/2007.

remetendo o estabelecimento da organização e composição do “Supremo Tribunal Militar” e dos “conselhos” para a lei infraconstitucional, nos seguintes termos:

Art 77 - Os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares.
 § 1º - Este foro compor-se-á de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalícios, e dos conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes.
 § 2º - A organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar serão reguladas por lei.

Somente em 18 de julho de 1893, por força do Decreto Legislativo nº 149, o recém criado Supremo Tribunal Militar, denominação que substituiu o imperial Conselho Supremo Militar e de Justiça, passou a ser composto por membros da própria Corte, eleitos por seus pares. Mas houve mudança apenas no nome do Tribunal, pois foram mantidos todos os integrantes do antigo Conselho Supremo Militar e de Justiça, despojados de seus títulos nobiliárquicos e denominados, genericamente, Ministros, embora houvesse ampliação da competência do Tribunal com atribuições administrativas. Assim dispunha o mencionado Decreto Legislativo:

Art. 5º Compete ao Tribunal:
 § 1º Estabelecer a forma processual militar, enquanto a matéria não for regulada em lei.
 § 2º Julgar em segunda e última instância todos os crimes militares, como tais capitulados na lei em vigor.
 § 3º Comunicar ao Governo, para este proceder na forma da lei, contra os indivíduos que, pelo exame dos processos, verificar estarem indiciados em crimes militares.
 § 4º Processar e julgar os seus ministros nos crimes militares.
 § 5º Consultar com seu parecer as questões que lhe forem afetas pelo Presidente da República, sobre economia, disciplina, direitos e deveres das forças de terra e mar e classes anexas.
 § 6º Mandar expedir as patentes militares dos oficiais efetivos, reformados, honorários e classes anexas.

A codificação da legislação atinente, entretanto, somente veio com o Decreto nº 14.450, em 30/10/1920 (Código de Organização Judiciária e Processo Militar), e com o Decreto nº 17.231-A, de 26/02/1926 (Código de Justiça Militar).

Com a Constituição de 16 de julho de 1934 é que se deu a inclusão da Justiça Militar no Poder Judiciário (art. 63, letra c), sendo a ela atribuída competência exclusivamente judiciária, mantendo sua estrutura básica (art. 86) e estendendo-a como foro para o processo e julgamento de civis nos crimes contra a segurança externa e instituições militares (art. 84), como se vê a seguir:

Art 63 São órgãos do Poder Judiciário:

.....
c) os Juízes e Tribunais militares;

.....
Art 84 - Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.

.....
Art 86 - São órgãos da Justiça Militar o Supremo Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores, criados por lei.

A Constituição Federal de 10 de novembro de 1937 manteve sem alteração as disposições anteriores, em seus artigos 90, letra c, e 111 a 113, enquanto que a partir da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946 o Supremo Tribunal Militar recebeu o nome de Superior Tribunal Militar, determinando também que a lei passasse a regulamentar sobre o número e a forma de escolha dos Juízes militares e togados do STM, mas mantendo a competência constitucional anterior, assim dispondo:

Art 94 - O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

.....
III - Juízes e Tribunais militares;

.....
Art 106 - São órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores que a lei instituir.

Parágrafo único - A lei disporá sobre o número e a forma de escolha dos Juízes militares e togados do Superior Tribunal Militar, os quais terão vencimentos iguais aos dos Juízes do Tribunal Federal de Recursos, e estabelecerá as condições de acesso dos Auditores.

Art 107 - A inamovibilidade, assegurada aos membros da Justiça Militar não os exime da obrigação de acompanhar as forças junto às quais tenham de servir.

Art 108 - À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são, assemelhadas.

§ 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos, expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares.

Com o advento do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, a competência do STM foi ampliada para alcançar aqueles crimes previstos na Lei de Segurança Nacional, havendo também o aumento do número de seus membros e a inclusão de representantes da Aeronáutica.

A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 manteve, sem alteração, a competência fixada anteriormente para o STM, dispondo assim:

Art 122. - A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.

§ 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes referidos no § 1º.

Por fim, a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969 manteve, sem alteração, a competência do STM, até o advento da nova Constituição em 1988.

1.3.3 A justiça militar e sua competência constitucional atual

A matéria referente à Justiça Militar da União está hoje regulada do seguinte modo, na Constituição de 1988, em seu Capítulo III:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

.....
VI - os Tribunais e Juízes Militares;

.....
Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

.....
Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

.....
Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

.....
§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Assim, a Constituição Federal atribuiu à Justiça Militar federal ou estadual a competência para o processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei (art. 124, *caput*, e 125, § 4º, da CF). À vista desses comandos constitucionais, compete, pois, à Justiça Militar da União o processo e julgamento de militar das Forças Armadas ou civil (art. 124, *caput*), e, à estadual, apenas dos policiais militares ou dos bombeiros militares (art. 125, § 4º).

Quanto à composição dessas duas espécies de Justiças Militares, observa-se que a Justiça Militar da União é formada, segundo o art. 122 da CF, pelo Superior Tribunal Militar (inciso I) e pelos Tribunais e Juízes Militares instituídos em

lei (inciso II). Organiza-se a Justiça Militar da União, de acordo com a Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992 (Lei de Organização Judiciária Militar), em doze Circunscrições Judiciárias que abrangem todo o território nacional, compostas por Auditorias e Conselhos de Justiça, estes encarregados do julgamento em primeira instância. Nas Auditorias, atuam um Juiz-Auditor e um Juiz-Auditor substituto. Nos Conselhos de Justiça, que são de duas espécies – Conselho Especial de Justiça e Conselho Permanente de Justiça -, atuam um Juiz-Auditor e quatro juízes militares. Não foi criado, até o momento, qualquer tribunal militar regional.

É possível identificar nos Estados as Justiças Militares estaduais, pois a ressalva do art. 125, § 3º, da Constituição Federal, possibilitou que leis estaduais criassem a *“Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes”*.

Fixada a competência dessa Justiça no parágrafo seguinte, deu-lhe a Constituição o poder para *“processar e julgar os policiais militares e os bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”*.

Das regras constitucionais em apreço, bem como da definição que foi atribuída ao crime militar no item 1.3.1, pode-se afirmar que, para a fixação da competência da Justiça Militar da União, basta o critério *ratione materiae*, quer dizer, que ocorra efetivamente um crime militar. E crime militar ocorrerá se a conduta

praticada estiver descrita na Parte Especial do Código Penal Militar, estando presente alguma das circunstâncias dos arts. 9º, incisos I e II, e 10, do mesmo CPM.

Do exposto, verifica-se que a competência não pode ser fixada apenas pelo fato de estar a conduta tipificada na Parte Especial do CPM. O crime de Facilitação de Fuga de Preso, por exemplo, apesar de ser definido na parte Especial do Código Penal Militar (art. 178), não será crime militar se a situação não se amoldar a nenhuma das hipóteses do art. 9º. Porém, se a Promoção ou Facilitação da fuga é de estabelecimento sujeito à administração militar (art. 9º, inciso II, alínea b), a conduta será definida como crime militar.

Com efeito, Antonio Scarance Fernandes (2002, p.150) adverte que as situações descritas no art. 9º, II, alíneas a a e (devido a revogação da alínea f pela Lei nº 9.299), são elementos que servem para a tipificação do crime militar, não para definir competência da Justiça Militar da União. Porém, uma vez definido o fato como crime militar, por estar descrito na Parte Especial e por estar presente alguma das circunstâncias do art. 9º, inciso II, a competência é da Justiça Militar da União. Define-se o crime como militar e, por isso, fica fixada a competência no foro militar.

Não sucede o mesmo, no entanto, para que se configure a competência da Justiça Militar estadual, pois, além desse critério, exige a lei também o critério *ratione personae*, que é a qualidade do agente – isto é, que o agente seja policial militar ou bombeiro.

À vista da lei, são estes, portanto, os critérios que a jurisprudência dos Tribunais Superiores entendeu serem apropriados para a solução dos casos concretos sobre competência na Justiça Militar (FERNANDES, 2002, p. 149), devendo ser ressaltada a importância do art. 9º do Código Penal Militar, não-somente para a fixação da competência da Justiça Militar da União, mas, antes, para a perfeita identificação da conduta como crime militar.

2 O CRIME DE INSUBMISSÃO

2.1 Histórico do tratamento dado à insubmissão

Nesse ponto, convém analisar a evolução do pesado tratamento que sempre foi dado ao cidadão insubmisso pelo Estado, o que pode ser feito a partir de uma apreciação histórica do desenvolvimento do instituto ora em estudo, ainda que de forma abreviada.

Nenhuma lei do Império havia tratado a respeito do crime de insubmissão. O serviço militar, naquela época, também não possuía o caráter de obrigatoriedade, até mesmo porque foi a Constituição imperial, promulgada em 1824, que instituiu primeiramente o serviço militar, ainda voluntário e por sorteio, em que pese a existência de instabilidade notória das fronteiras e recente proclamação da independência a justificar tal iniciativa.

Talvez por isso mesmo a Constituição imperial de 1º/04/1824 trazia a seguinte disposição, quanto a Força Militar do Império:

Art. 145. Todos os Brasileiros são obrigados a pegar em armas, para sustentar a Independência, e integridade do Império, e defende-lo dos seus inimigos externos, ou internos.

O Regulamento de 1º de maio de 1858 (PARÁ, 1943, p.03) indicava o número de recrutas necessários ao serviço do Exército, sendo que o recrutamento, feito por “Freguesias”, era seguido de nomeação na Corte, dependia do Ministro da

Guerra e, nas Províncias, dos respectivos Presidentes, podendo recair em qualquer autoridade civil ou judiciária, ou em Oficiais da Guarda Nacional, em oficiais honorários ou de linha, reformados, ou em algum oficial de linha em serviço.

O mesmo Regulamento tratava sobre a distribuição dos recrutas entre as Províncias em número proporcional de cidadãos qualificados, votantes, e, ainda, sobre o voluntariado, aberto em cada ano no decorrer dos dois primeiros meses na época fixada para o Recrutamento.

Em “Instrução” de 26 de maio de 1958, no art. 18, o tempo de praça para os recrutados era fixado em nove anos, e, para os voluntários, em seis anos. Como não havia preocupação para com o serviço militar obrigatório, a lei reservou-se para punir o recruta, apenas, nos casos em que se recusasse a fazer o juramento à Bandeira, pelo crime de desobediência e insubordinação militar (PARÁ, 1943, p.04).

Foi o Código Penal Militar republicano de 1891 que, no art. 116, deu nova definição ao crime de insubmissão, punido com trabalho por um a dois anos. Pelo Decreto nº 24.710, de 13 de julho de 1934, a penalidade estabelecida no Código de 1891 foi alterada, de 01 a 02 anos, para 04 meses a 01 ano de prisão com trabalhos (PARÁ, 1943, p.13).

O Código Penal Militar de 1944, em seu artigo 159, dispunha sobre o crime de insubmissão da seguinte forma:

Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial da incorporação. Pena: Detenção, de 4 meses a 1 ano. Parágrafo único – Na

mesma pena incorre quem, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de apresentar-se, decorrido o prazo do licenciamento.

Mas foi somente com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 7.343, sessenta dias após a sua publicação ocorrida em 26 de fevereiro de 1945, é que foi extinto o sorteio militar, passando a vigorar o serviço militar obrigatório.

Quanto ao Código Penal Militar vigente (de 1969), além do que já foi anteriormente referido, observa-se que a exposição de motivos do Ministro da Justiça traz no item 8, apenas, que o Projeto introduziu a nova modalidade de pena privativa de liberdade que é o “impedimento”, para o crime de insubmissão, que consiste em sujeitar “*o condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar*”. Nada mais.

Observa-se que apenas foi alterada a espécie de sanção para uma mais atenuada, embora mantida a definição da conduta como crime. Mas é possível entender a manutenção da conduta como crime, uma vez que os conflitos mundiais no passado alimentaram a insegurança das nações, exigindo a prontidão das armas.

Quanto à insubmissão ao longo do tempo, não podem ser encontrados registros em grande quantidade, de molde a poder retratar com extrema precisão o perfil da prática do referido crime em nossa história. Entretanto, o Juiz-Auditor Thomaz Madureira Pará fez constar de sua aula sobre “A Insubmissão”, proferida no “Curso de Emergência para a formação da Reserva da Justiça Militar” (1943, p.11), que a insubmissão era o delito mais comum àquela época, sendo que até o ano de 1922 registrou-se a marca considerável de 40.000 (quarenta mil) insubmissos.

Não é o que ocorre modernamente. Segundo os registros do Sistema de Acompanhamento de Processos da Justiça Militar da União (apenas na esfera federal), até o final do ano de 2005, verifica-se o seguinte quantitativo dos insubmissos, aguardando apresentação voluntária ou captura, nas 12 Circunscrições Judiciárias Militares, a partir do ano de 1991: na 1ª CJM (Rio de Janeiro e Espírito Santo), 422 insubmissos; na 2ª CJM (São Paulo), 19 insubmissos; na 3ª CJM (Rio Grande do Sul), 32 insubmissos; na 4ª CJM (Minas Gerais), 24 insubmissos; na 5ª CJM (Paraná e Santa Catarina), 22 insubmissos; na 6ª CJM (Bahia e Sergipe), 03 insubmissos; na 7ª CJM (Pernambuco, Alagoas, Paraíba e Rio Grande do Norte), 04 insubmissos; na 8ª CJM (Pará, Amapá e Maranhão), 04 insubmissos; na 9ª CJM (Mato Grosso do Sul e Mato Grosso), 57 insubmissos; na 10ª CJM (Ceará e Piauí), 01 insubmisso; na 11ª CJM (Distrito Federal, Goiás e Tocantins), 292 insubmissos; e na 12ª CJM (Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima), 23 insubmissos. Assim, o total de processos de insubmissão instaurados em todas as Circunscrições da Justiça Militar, na esfera Federal, é de 903, desde o ano de 1991.

Quanto à segunda instância, observa-se da análise do Sistema de Acompanhamento Processual da Justiça Militar – SAM, relativamente aos processos julgados no Superior Tribunal Militar com registros a partir de 1983, que até o ano de 2005 ocorreram 356 recursos relativos à conduta de insubmissos, sendo que cerca de metade dos julgamentos teve como solução a anulação dos processos de insubmissão na 1ª instância, ou a absolvição do insubmisso, motivada por erro da administração militar. Da análise desse quadro ao longo dos últimos 22 anos, verifica-se a ocorrência de 1.249 casos de insubmissão, dos quais 356 foram apreciados em grau recursal e 903 estavam aguardando julgamento na 1ª instância.

Por essa razão, forçoso é considerar que houve drástica redução dessa prática em nosso país, se esse total for comparado com as ocorrências registradas até aquele ano de 1922, e desde a criminalização da conduta em 1891 (31 anos).

2.2 Aspectos normativos e doutrinários sobre a insubmissão

O crime de insubmissão está tipificado no artigo 183 do Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969), do seguinte modo:

Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação:

Pena - impedimento de três meses a um ano.

.....

A sanção, como se vê, é o chamado *impedimento*, que é uma das penas consideradas principais na Lei Penal Militar, estando prevista nos artigos 55 e 63 do CPM, nos seguintes termos:

Art. 55. As penas principais são:

.....

e) impedimento;

.....

Art. 63. A pena de impedimento sujeita o condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução criminal.

O tipo em questão objetiva a tutela penal do bem jurídico-penal que é o Serviço Militar, o qual está inserido no art. 143 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º

§ 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Com efeito, a insubmissão é o crime contra o serviço militar ao qual todos os brasileiros estão obrigados em face do mandamento constitucional acima descrito.

A tipicidade da insubmissão é caracterizada como a prática da conduta pela qual o alistado, depois de ter sido aprovado em todos os exames e convocado para o serviço militar: a) não se apresenta na data marcada; ou b) apresentando-se, frustra a sua incorporação pela ausência. São, portanto, duas formas pelas quais o crime pode ser cometido (veja-se o art. 183, *caput*, do CPM).

Do ponto de vista da qualificação doutrinária, o delito de insubmissão classifica-se como omissivo próprio, pois a conduta consiste em deixar o agente de cumprir com o dever de se apresentar na data marcada; quanto ao elemento subjetivo do tipo, é delito de modalidade dolosa, pois se exige que o agente, consciente da data marcada para apresentação, deixe intencionalmente de fazê-lo; quanto ao momento consumativo, é crime instantâneo de efeito permanente, pois a consumação, que ocorre com a não apresentação do agente, se protraí no tempo até que se apresente voluntariamente ou que ocorra a sua captura; quanto ao resultado, é crime de mera conduta, pois a lei não exige qualquer resultado materialístico para a sua tipificação.

O delito de insubmissão pode, também, ser analisado sob o enfoque do bem jurídico tutelado, que é o serviço militar. Aliás, o art. 183 está inserido no Título III do Código Penal Militar, que trata “DOS CRIMES CONTRA O SERVIÇO MILITAR E O DEVER MILITAR”. Sob esse ângulo, a insubmissão é um delito militar *ratione materiae*, pois exige para a sua configuração a condição do agente ser convocado à incorporação (art. 183, *caput*), isto é, para prestar o serviço militar, ou que, embora dispensado temporariamente da incorporação, deixa o agente de se apresentar na data marcada, como dispõe o art. 183, § 1º.

2.3 A insubmissão como crime propriamente militar

Segundo o magistério de Clóvis Beviláqua (*apud* ASSIS, 2003, v.1, p.45), bem como de alguns doutrinadores, o delito de insubmissão é considerado, como um crime acidentalmente militar. À luz do que dispõe o inciso III do art. 9º do CPM, o especialíssimo crime de Insubmissão, que atenta contra o serviço militar, é crime de mão-única que, sendo crime militar, só pode ser praticado, paradoxalmente, por um civil.

Divergindo de outra parcela da doutrina, o doutor Jorge César de Assis (2003, v.2, p.82) também afirma que o delito de insubmissão não pode ser considerado propriamente militar, porque neste é condição essencial a qualidade de militar de quem o comete. Logo, se de acordo com o critério legal do Código Penal castrense a conduta sob análise é crime militar em razão da lei (art. 183 do CPM), só pode ser classificado como acidentalmente militar porque de mão-única, isto é, só

pode ser praticado por um civil que, embora convocado para o serviço militar obrigatório, não foi ainda alçado à condição de militar.

Diverge o professor Jorge Alberto Romeiro, em favor dessa exceção, argumentando que, além de consistir a insubmissão em evidente infração a um dever exclusivamente militar, exige como condição de punibilidade ou de procedibilidade a qualidade militar do agente, uma vez que a sua punição depende da incorporação. Segundo os adeptos dessa parte da doutrina, o crime de insubmissão (art. 183 do CPM) estaria incluído, dessa forma, entre os crimes propriamente militares, mas como exceção, pois seria o único crime militar que só o civil e nunca o militar poderia praticar (ROMEIRO, 1994, p. 69).

Vimos que a doutrina classifica maioritariamente os crimes do CPM em propriamente e impropriamente militares. Uma forma usual de identificar tal diferenciação é cotejando as condutas com os mencionados incisos do art. 9º.

Crime propriamente militar seria, por essa ótica, os que se enquadrassem no inciso I do mencionado artigo. Outra forma seria considerar crime propriamente militar aquele definido apenas na lei penal militar sem correspondente na lei penal comum. De modo geral, entretanto, são considerados *propriamente militares* os crimes de que trata o Código Penal Militar “*quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente*” (art. 9º inciso I).

Um exemplo de crime militar definido de modo diverso pela lei penal comum é o de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal, assim redigido:

“Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. No Código Penal Militar, o crime é definido de forma diferente nos arts. 298 (desacato a superior), 299 (desacato a militar) e 300 (desacato a assemelhado ou a civil).

Quanto aos crimes previstos na lei penal militar e que não têm correspondência na legislação comum, têm-se exemplificativamente: motim (art. 149), conspiração (art. 152), insubmissão (art. 183), embriaguez em serviço (art. 202) e furto de uso (art. 241, parágrafo único).

Com relação ao crime de furto de uso, existe uma preocupação doutrinária com o fato de que, nos termos da Constituição Federal, pode haver prisão sem ordem judicial de autor de crime militar próprio (art. 5º, LXI), preferindo-se por isso a definição clássica de crime militar, para evitar que se considere propriamente militar, por exemplo, o crime de furto de uso de uma viatura militar praticado por civil, punido apenas na legislação militar. E a definição clássica é que crime militar é o que “só por militar poderia ser praticado, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhe são próprios”, donde decorrem dois elementos essenciais para a sua caracterização: a qualidade do agente - militar - e a natureza da conduta - prática funcional (ROMEIRO, 1994, p. 69).

Essa mesma preocupação com a qualidade do agente, quando sua conduta é submetida ao enquadramento na lei penal militar, circunda a classificação do crime de insubmissão, daí a discussão sobre como poderia ser propriamente militar um crime que só o civil pode cometer.

Quanto aos crimes impropriamente militares, observa-se que são os mesmos de tipificação indireta, pois o seu enquadramento no tipo exige a conjugação dos elementos descritos na Parte Especial com as alíneas a a e do incisos II do art. 9º. A mesma exigência ocorre com os crimes do inciso III.

2.4 Especificidades quanto ao crime de insubmissão

Até aqui foi visto como a insubmissão se enquadra no sistema jurídico-penal pátrio, sendo também conhecidas as necessidades históricas que levaram o legislador a criminalizar referida conduta.

Observou-se que há uma Política Criminal subjacente ao processo de criminalização, o que demonstra não haver motivação arbitrária para a inclusão de tipos penais no ordenamento jurídico, da mesma forma como ocorre quanto ao tratamento dado à Insubmissão.

Ocorre, entretanto, que a vida civil do cidadão considerado insubmisso recebe também severas restrições, além dessa coação motivada pela inclusão da conduta na esfera penal, o que pode ser compreendido quando observamos os termos da Lei do Serviço Militar - Lei nº 4.375/64 -, que, regulada pelo Decreto 57.654/66, dispõe do seguinte modo:

Art. 52. Os brasileiros, no exercício de função pública, quer em caráter efetivo ou interino, quer em estágio probatório ou comissão, e extranumerários de qualquer modalidade, da União, dos Estados, dos Territórios, dos Municípios e da Prefeitura do Distrito Federal, quando insubmissos, ficarão suspensos do cargo, função ou emprego, e privados de qualquer remuneração enquanto não regularizarem sua situação militar.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos servidores ou empregados das entidades autárquicas, das sociedades de economia mista e das empresas concessionárias de serviço público.

(...)

Art. 67. As autoridades ou os responsáveis pelas repartições incumbidas da fiscalização do exercício profissional não poderão conceder a carteira profissional nem registrar diplomas de profissões liberais a brasileiros, sem que esses apresentem, previamente, prova de que estão em dia com as obrigações militares, obedecido o disposto nos artigos 74 e 75 desta Lei.

Art. 74. Nenhum brasileiro, entre 1º de janeiro do ano em que completar 19 (dezenove) e 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos de idade, poderá sem fazer prova de que está em dias com suas obrigações militares:

- a) obter passaporte ou prorrogação de sua validade;
 - b) ingressar, como funcionário, empregado ou associado em instituição, empresa ou associação oficial ou oficializada ou subvencionada ou cuja existência ou funcionamento dependa de autorização ou reconhecimento do Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal;
 - c) assinar contrato com o Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal;
 - d) prestar exame ou matricular-se em qualquer estabelecimento de ensino;
 - e) obter carteira profissional, matrícula ou inscrição para o exercício de qualquer função e licença de indústria e profissão;
 - f) inscrever-se em concurso para provimento de cargo público;
 - g) exercer, a qualquer título, sem distinção de categoria ou forma de pagamento qualquer função ou cargo público:
- I - estipendiado pelos cofres públicos federais, estaduais ou municipais;
 - II - de entidades paraestatais e das subvencionadas ou mantidas pelo poder público;
- h) receber qualquer prêmio ou favor do Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal.

Constata-se, à vista do regulamento do serviço militar, que há um rol evidentemente exacerbado de restrições – pelo menos dez tipos - ao exercício da cidadania, que recaem sobre o insubmisso. Aí estão os motivos que levaram a MMª Juíza-Auditora da Justiça Militar da União, Dra. Zilah Maria Callado Fadul Petersen (2003a, p.163), a considerar que aquele que não cumpre com o Serviço Militar passa a viver como um pária da sociedade, em decorrência das sanções administrativas referidas, em razão de não mais poder sobreviver dignamente no corpo social.

Verifica-se que a norma extra-penal (Lei do Serviço Militar e seu Regulamento) já se reveste de força suficiente para, além de intimidar com verdadeiras sanções, também limitar drasticamente a vida do insubmisso.

Outro aspecto que importa ser considerado é o processual, previsto nos artigos 463 a 465 do Código de Processo Penal Militar, que assim dispõem:

Art. 463. Consumado o crime de insubmissão, o comandante, ou autoridade correspondente, da unidade para que fora designado o insubmisso, fará lavrar o termo de insubmissão, circunstanciadamente, com indicação, de nome, filiação, naturalidade e classe a que pertencer o insubmisso e a data em que este deveria apresentar-se, sendo o termo assinado pelo referido comandante, ou autoridade correspondente, e por duas testemunhas idôneas, podendo ser impresso ou datilografado.

§ 1º O termo, juntamente com os demais documentos relativos à insubmissão, tem o caráter de instrução provisória, destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal e é o instrumento legal autorizador da captura do insubmisso, para efeito da incorporação. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

§ 2º O comandante ou autoridade competente que tiver lavrado o termo de insubmissão remetê-lo-á à auditoria, acompanhado de cópia autêntica do documento hábil que comprove o conhecimento pelo insubmisso da data e local de sua apresentação, e demais documentos.

§ 3º Recebido o termo de insubmissão e os documentos que o acompanham, o Juiz-Auditor determinará sua atuação e dará vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do insubmisso, se nenhuma formalidade tiver sido omitida ou após cumprimento das diligências requeridas.

Art. 464. O insubmisso que se apresentar ou for capturado terá o direito ao quartel por menagem e será submetido à inspeção de saúde. Se incapaz, ficará isento do processo e da inclusão.

§ 1º A ata de inspeção de saúde será, pelo comandante da unidade, ou autoridade competente, remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade para o serviço militar, sejam arquivados, após pronunciar-se o Ministério Público Militar.

§ 2º Incluído o insubmisso, o comandante da unidade, ou autoridade correspondente, providenciará, com urgência, a remessa à auditoria de cópia do ato de inclusão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador, que poderá requerer o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecer denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida ou após o cumprimento das diligências requeridas.

§ 3º O insubmisso que não for julgado no prazo de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, sem que para isso tenha dado causa, será posto em liberdade.

Art. 465. Aplica-se ao processo de insubmissão, para sua instrução e julgamento, o disposto para o processo de deserção, previsto nos §§ 4º, 5º, 6º e 7º do art. 457 deste código.

Parágrafo único. Na Marinha e na Aeronáutica, o processo será enviado à Auditoria competente, observando-se o disposto no art. 461 e seus parágrafos, podendo o Conselho de Justiça, na mesma sessão, julgar mais de um processo.

Verifica-se como ponto nodal da questão o fato de a norma processual, de forma no mínimo pouco técnica, acabar por submeter um civil à jurisdição militar sem o amparo expresso da norma de direito material – o Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/1969) – condicionando a instauração do processo à incorporação do insubmisso julgado capaz pela Junta de inspeção de saúde. Note-se que os autos da “instrução provisória de insubmissão” já terão sido enviados à Auditoria Militar, onde aguardam apenas a aprovação da Junta militar para a incorporação do insubmisso (art. 463, §§ 2º e 3º).

Atente-se também para o que dispõe o § 3º do art. 464 do citado CPPM, que admite prisão do insubmisso por 60 dias, sem conclusão do processo, cabendo indagar: do ponto de vista hermenêutico, seria legal tal previsão processual? no caso ilegalidade da prisão por qualquer motivo, ou verificada posteriormente que há falta de provas, ou se ocorrer alguma excludente de culpabilidade, como se resolveria o constrangimento causado por restrição da liberdade em tal período? E como haveriam de ser reparados os danos decorrentes de tal cerceamento? Independentemente do grau de dificuldade da solução de tais problemas, resta evidente que a tipificação dessa conduta como crime, como de resto soe acontecer com todas as condutas tipificadas, resulta em muitos riscos e, certamente, muito mais cuidados a serem tomados para não se verem violados os direitos do cidadão.

Dentre as situações resultantes da prisão de insubmisso possíveis, estão a merecer realce os casos de cidadãos que não se apresentam por terem

conseguido empregos nos quais ganhariam um pouco mais, com possibilidades de extensa e favorável permanência neles, mas agora se vêem na condição de terem abandonado aquele emprego por estarem presos em um quartel – e, note-se: tudo a partir do momento em que se apresentam à Unidade Militar a fim de “regularizar” a sua situação com o Serviço Militar.

Outro aspecto relevante refere-se a casos de alegações de indivíduos de serem arrimos de família, podendo ocorrer a absolvição com fundamento no artigo 39 do Código Penal Militar, que versa do seguinte modo:

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

Nesses casos, a Justiça Militar tem aceito a alegação, desde que acompanhada de provas suficientes para embasar a absolvição, sendo tal orientação objeto da Súmula nº 3 do Superior Tribunal Militar que dispõe assim:

3. Não constituem excludentes de culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar.

É o denominado “estado de necessidade exculpante” ou “estado de necessidade como excludente de culpabilidade” a figura jurídica a que se refere o mencionado artigo 39 do CPM, o qual vem sendo aplicado no âmbito da Justiça Militar da União, sendo tal alegação uma das mais freqüentes em relação à Insubmissão.

3 A INSUBMISSÃO SOB UM ENFOQUE DESCRIMINALIZANTE

A revisão dos tipos penais, que é sustentada por René Ariel Dotti (1996, p. 386) como um trabalho de adequação do Direito Penal às novas aspirações de uma dada comunidade, é uma tarefa que deve ir além da compatibilidade legislativa com as normas constitucionais, para alcançar tanto o Direito legislado, como os fundamentos sociais, políticos e culturais que autorizaram a criminalização de determinados comportamentos sociais, em dado momento histórico.

Mas não existe apenas uma alternativa que decorre dessa revisão, restando ao contrário múltiplas possibilidades, quais sejam a própria manutenção do tipo penal, a substituição do tipo penal em estudo por outro tipo mais adequado, a substituição da sanção penal, ou a simples exclusão do tipo penal e da respectiva sanção, dentre outros.

Objetiva-se neste trabalho enfocar o delito de insubmissão sob uma ótica descriminalizante, que é a exclusão do tipo penal e respectiva sanção.

Sustenta-se a descriminalização da insubmissão, em primeiro lugar, em razão de consistir o tipo penal em foco em uma força estatal desnecessária.

Vimos que os meios oferecidos pelo Estado, através das fortes medidas jurídico-administrativas disponíveis, são equivalentes em força à coerção jurídico-penal, tornando aquelas mais eficientes e mais que suficientes.

O indivíduo que pratica a conduta já está punido em sua vida civil, uma vez que está impedido de exercer a própria cidadania através da impossibilidade de identificação e de registro regular, de trabalhar e de se locomover com liberdade.

Observou-se que a Lei do Serviço Militar e seu Regulamento estabelecem meios não penais que garantem a prestação do serviço militar como prática imposta obrigatoriamente pela constituição vigente. A suspensão do cargo, função ou emprego; a privação de qualquer remuneração; a vedação de ser concedida a carteira profissional e de ter registrado o seu diploma profissional; a impossibilidade de obter passaporte ou prorrogação de sua validade, bem como de ser um empregado ou um funcionário público; a proibição de prestar exame ou matricular-se em qualquer estabelecimento de ensino, bem como de inscrever-se em concurso para provimento de cargo público; são algumas dentre as muitas vedações cíveis ou jurídico-administrativas que se impõem ao cidadão.

A existência de tutela penal em relação à conduta sob enfoque é, pois, um mal desnecessário, pois já são severas e suficientes as limitações que a norma extra-penal impõe ao cidadão.

Em segundo lugar, defende-se a exclusão do tipo penal por ser uma norma juridicamente incoerente, na medida em que se observa uma inadequação jurídico-formal da conduta para com a norma contida no sistema jurídico conhecido como Sistema Penal Militar. É que o tipo se refere, como visto anteriormente, a um indivíduo que é convocado, mas que ainda não se tornou militar. Quem pratica a conduta tipificada como insubmissão é, portanto, um civil, que só o deixará de ser no

momento da incorporação. Ora, é o próprio Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80) que estabelece o marco para que seja considerado o início do serviço militar, que é com a incorporação (arts. 10 e 134).

Observe-se agora a conceituação legal de crime militar, prevista no art. 9º do Código Penal Militar, que diz o seguinte:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Vide Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância,

garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Cotejando-se aquela linha divisória da situação jurídica do militar, estabelecida no Estatuto dos Militares, com a conceituação de crime militar prevista no art. 9º, observamos que não é possível enquadrar a conduta do insubmisso com a precisão que exige o princípio da legalidade e da anterioridade das penas, nitidamente em razão de ser o enunciado do art. 9º extremamente amplo quanto ao inciso I; limitador (e excludente) quanto ao inciso II, pois diz que apenas o militar, em situação de atividade ou assemelhado poderão, nas situações claramente definidas, praticá-lo; e igualmente restritivo quanto ao inciso III, pois diz que o civil só poderá praticar crimes militares quando a conduta violar as Instituições Militares nas situações ali elencadas.

Dessa forma, a conduta do insubmisso, tipificada na Parte Especial do Código Penal Militar, está, hermeneuticamente, incorrendo em incoerência lógica com o Sistema Penal Militar, externamente, pois está em conflito com o Estatuto dos Militares, e internamente, com o próprio Código Penal Militar, ao ser confrontado com o já analisado artigo 9º.

A solução encontrada é suprir a lacuna penal existente com uma manobra processualística, prevista no Decreto-lei nº 1.002/69 (Código de Processo Penal Militar), que estabelece como condição de procedibilidade da denúncia a ocorrência da incorporação do Insubmisso no serviço ativo da Força, ficando o mesmo, por esse só ato, transmudado em militar. Ocorre que esse ato se dá *a posteriori* da prática ilícita e, ainda, somente se considerado apto pela Junta de Inspeção de

Saúde é que o cidadão será incorporado ao serviço ativo. A manobra é caracterizada, finalmente, quando a citada Lei processual determina que, em caso de a Junta concluir pela inaptidão, o então insubmisso ficará isento do processo e da inclusão no serviço ativo (arts. 463 e 464).

Defende-se, assim, que o tipo penal da insubmissão seja uma disposição logicamente incoerente, pois: a) insustentável a tese de ofensa, pelo insubmisso, a bens jurídicos tutelados pela norma penal militar, quais sejam os da hierarquia, da disciplina, e, especificamente, do dever militar, uma vez que o sujeito ativo do delito seria um civil; e b) sujeita um civil à jurisdição militar, através de uma interpretação forçada das normas jurídicas.

O terceiro enfoque é que a coerção jurídico-penal da insubmissão torna-se, também, medida estatal excessiva, na medida em que se soma àquelas de cunho civil que, por si sós, já se constituem em violação a princípios constitucionais fundamentais, dentre os quais o da dignidade humana e o da cidadania, além de impedir que o insubmisso usufrua dos benefícios sociais do trabalho.

Entende-se que violam princípios constitucionais pois as normas jurídico-administrativas tornam-se em mais-que-sanções, ao retirarem do infrator a possibilidade do exercício da própria cidadania, deixando-o sem condições de viver com o mínimo de dignidade, e ainda são acrescidas da sanção penal.

Com efeito, a Constituição de 1988, em seu artigo 1º, estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem

como fundamentos “II - a cidadania”, “III – a dignidade da pessoa humana” e “IV – os valores sociais do trabalho...”.

Finalmente, importa reconhecer que o sistema jurídico pátrio manteria as garantias quanto à obrigatoriedade da prestação do serviço militar, ainda que a descriminalização ocorresse, pois, em última análise, a legislação extra-penal apresenta suficiente força coercitiva a incidir sobre aqueles que, violando os seus preceitos, incorrerem em suas sanções.

CONCLUSÃO

Forçoso é reconhecer, à vista das normas jurídicas analisadas, que as figuras extra-penais existentes em nosso Sistema jurídico são suficientes para garantir o cumprimento do dever constitucional de prestação do serviço militar, ainda que excessivas em rigor para o tempo de paz, e claramente indicativas da desnecessidade da inclusão da insubmissão sob a tutela do Sistema Penal.

Quanto à doutrina analisada, que sustenta a necessidade de revisão dos tipos penais como medida salutar de manutenção da paz social e de aplicação da justiça, também impende reconhecer a razoabilidade e a conveniência da exclusão do referido tipo penal, como uma medida de saneamento do corpo do Código Penal Militar, no sentido de sua harmonização interna, permitindo que este atue no campo estritamente necessário para a realização de seu fim específico, qual seja o da tutela de valores considerados como superiores pela nossa sociedade, nesse tempo em que vivemos, e na medida em que a legislação extra-penal não seja suficiente para alcançar esse intento.

Imperiosa ainda é a harmonização da Legislação Penal Militar com a própria Constituição vigente, a fim de que não se encontre aquela na indesejável situação de violar os princípios superiores e inarredáveis estabelecidos por esta.

Necessário também se faz reconciliar a norma penal, no particular, com os interesses da paz social, tendo em vista que as graves sanções que o Estado impõe resultam em graves conseqüências pessoais e para o cidadão que esteja em

falta para com a constitucional obrigação ao serviço militar, além de promover o recrudescimento de tensões e conflitos sociais que bem se pode evitar.

Observou-se também que o tratamento diferenciado a que foi submetido o tema da insubmissão pelo nosso sistema jurídico, com o abrandamento da sanção penal, ao mesmo tempo em que se observou haver drástica redução, na história pátria, da ocorrência da conduta sob análise, entende-se que não se justifica mais a manutenção do referido tipo em nosso ordenamento, do ponto de vista da relevância ou da valoração do bem ou interesse jurídico tutelado. Observou-se também que o quadro de tensão mundial entre as nações não está a exigir do nosso legislador a manutenção do referido tipo em nosso sistema jurídico-penal.

Imperioso é também concluir que a norma extra-penal correlata ao tipo em discussão é mais que suficiente para manter a cogência e compulsoriedade garantidoras da proteção ao bem jurídico tutelado que é a obrigatoriedade do serviço militar.

A descriminalização do tipo penal em estudo apresenta-se também como uma via aceitável e segura de solução do seu conflito com as normas do artigo 9º do CPM, no sentido de sanar o problema hermenêutico apresentado, e de reduzir o drástico efeito da sanção penal, cumulativamente com as sanções extra-penais, sobre a dignidade do cidadão.

A quantidade significativamente reduzida de ocorrências de condutas incidentes no tipo em discussão durante os últimos quinze anos, bem como o fato de

aproximadamente cinqüenta por cento dos processos de insubmissão serem anulados por erro da administração militar, são também razões que justificam a exclusão da insubmissão de nosso sistema penal.

Não há justificativa para que seja ocupada dessa forma a administração militar. Também não há interesse em que seja movimentada a caríssima engrenagem do Poder Judiciário a fim de tratar de assunto de tão acanhada magnitude.

Estas são as razões que nos levam à certeza de que a existência da norma criminalizadora da insubmissão é resultado de tardia revisão da política criminal para a espécie, e certamente resultará em inadequada Política Criminal se for mantida a situação atual, mas que será normalizada com a supressão, em nosso Ordenamento jurídico, do tipo penal em foco, uma vez que a obrigatoriedade do Serviço Militar, como dever constitucional, estará sendo garantida pelas demais normas e sanções já existentes na legislação extra-penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*: parte geral, v.1, 4ª ed., Curitiba: Editora Juruá, 2003, 340p.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*: parte especial, v.2, 4ª ed., Curitiba: Editora Juruá, 2003, 464p.

BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Direito, justiça e processo militar*, v.1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919, 414p.

BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal - coleção pensamento criminológico - v.1, 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, 256p.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed., Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003, 228p.

BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização, *Revista de Direito Penal* nºs 13/14, p. 28-40, janeiro-junho de 1974, Rio de Janeiro:RT.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 3ª ed., São Paulo:Saraiva, 2004, 396p.

BIZZOTTO, Alexandre. *Valores e princípios constitucionais*: exegese no sistema penal sob a égide do estado democrático de direito. Goiânia:Editora AB, 2003, 312p.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo:Ícone, 1995, 239p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed., Brasília:UnB, 1999, 184p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: RT, 2000.

Brasil. *Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966*. Regulamento da Lei do Serviço Militar.

Brasil. *Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975*. Regulamento Disciplinar da Aeronáutica.

Brasil. *Decreto nº 90.608, de 04 de dezembro de 1984*. Regulamento Disciplinar do Exército.

Brasil. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar.

Brasil. *Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código De Processo Penal Militar.

Brasil. *Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964*. Lei do Serviço Militar.

Brasil. *Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980*. Estatuto dos Militares.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed., São Paulo:RT, 2002, 278p.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora Universidade Católica Portuguesa, 1995, 451p.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Eliminação do sistema penal ou descriminalização. *Revista Direito Militar*. n. 16, p. 5-6, março/abril, 1999, São Paulo:AMAJME.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Erro judiciário e descriminalização de tipos penais. *Revista Consulex*: ano II, nº 20, p. 6-8, agosto/1998.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penal: soluções processuais. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v.730, p. 385-386, agosto/1996.

DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed., São Paulo:RT, 1998, 550p.

DOTTI, René Ariel. Legislação penal extravagante. *Revista dos Tribunais*, ano 73, v.585, p. 271-276, julho/1984.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª ed., São Paulo:RT, 2003, 381p.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 28ª ed., Petrópolis:Vozes, 2004, 288p.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão* - Tradução de Maria Lúcia Karan. 2ª ed., Niterói:Luam Editora, 1997, 180p.

HULSMAN, Louk. Descriminalização. *Revista de Direito Penal*. nºs 9/10, p. 7-26, Rio de Janeiro:RT, janeiro-junho de 1973.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal* - Parte Geral. v.1, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, 750 p.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar atualizado*. Brasília: Brasília jurídica. 1999, 435p.

LUIZI, Luiz. *A crise do sistema penal: soluções processuais*, Revista dos Tribunais ano 85, v.730, ago/1996, 385-392.

LUIZI, Luiz. O problema da descriminalização. In: FÓRUM INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL COMPARADO, *Anais do Tribunal de Justiça da Bahia*. Salvador-Bahia: 1989, p. 153-160.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 12ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 1992, 426p.

MICHAUD, Yves. *A violência*, 1ª ed., São Paulo:Ática, 2001, 116p.

PARÁ, Thomaz Madureira. A insubmissão. *Curso de emergência para a formação da reserva da justiça militar*. Coleção Gomes Carneiro. Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro:Gabinete Fotocartográfico, 1943.

PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. Descriminalização: uma visão hermenêutica, *Revista de Direito UPIS*, nº 1, p. 153-168, Brasília, janeiro/2003a.

PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. Insubmissão: conveniência de sua descriminalização, *Revista do Ministério Público Militar*, v.29, nº 19, p. 97-111, Brasília, dezembro/2003b.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*, 3ª ed., São Paulo:RT, 2003, 120p.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 19ª ed., São Paulo:Saraiva, 1999, 749p.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá:Talleres Gráficos Temis, 1978, 87p.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo:Saraiva, 1994, 352p.

ROSA, Fábio Bittencourt. *Legitimação do ato de criminalizar*. Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2001, 110p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 5ª ed., Rio de Janeiro:Revan, 1991, 281p.